

University of Groningen

Tekst en Uitleg III

Zwalve, W.J.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

1999

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Zwalve, W. J. (1999). *Tekst en Uitleg III*. University of Groningen. Faculty of Law.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

TEKST & UITLEG III

TEKST

D. 46,1,71 pr

(Paulus, in het vierde boek van zijn *Quaestiones*)

Granius Antoninus pro Iulio Pollione et Iulio Rufo pecuniam mutuum accipientibus, ita ut duo rei eiusdem debiti fuerint, apud Aurelium Palmam mandator exstitit: Iulii bona ad fiscum venerunt: similiter et creditori fiscus successerat. mandator allegabat se liberatum iure confusionis, quia fiscus tam creditori quam debitori successerat. et quidem si unus debitor fuisset, non dubitabam sicut fideiussorem, ita et mandatorem liberatum esse: quamvis enim iudicio convento principali debitore mandator non liberetur, tamen ubi successit creditor debitori, veluti solutionis iure sublata obligatione etiam mandator liberatur, vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse. sed cum duo rei promittendi sint et alteri heres extitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta confusa obligatione. et puto aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam: sed et accessiones ex eius persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse,

Granius Antoninus heeft zich jegens Aurelius Palma borg gesteld voor diens beide hoofdelijke debiteuren Iulius Pollio en Iulius Rufus. Het vermogen van Iulius is in handen van de fiscus gekomen, terwijl die ook langs erfrechtelijke weg het vermogen van de crediteur heeft verkregen. De borg beweerde nu dat hij van zijn verplichtingen was ontslagen krachtens vermenging omdat de fiscus zowel de rechtsopvolger was van de crediteur als ook van de debiteur. Als er maar één debiteur was geweest, zou ik niet hebben geaarzeld dat de borg was bevrijd: want hoewel de borg niet is bevrijd wanneer de schuldeiser de schuldenaar in rechte heeft aangesproken, wordt de borg toch bevrijd wanneer de crediteur de debiteur beërft en wel alsof de verbintenis door betaling teniet gaat. Men zou ook kunnen zeggen dat iemand niet als borg kan optreden wanneer de schuldenaar en de schuldeiser één en dezelfde persoon zijn. Maar als er twee hoofdelijke schuldenaren zijn en de crediteur één van hen beërft, bestaat er gerede twijfel over de vraag of de ander ook is bevrijd als ware het geld betaald, of dat er door de vermenging die het gevolg is van de erfopvolging slechts één persoon uit de verbintenis is genomen. Ik ben van mening dat door de aanvaarding slechts één persoon uit de verbintenis is genomen door de vermenging die het gevolg is van de erfopvolging en bovendien dat de borgen van zo'n persoon worden bevrijd en wel omdat die niet aansprakelijk kunnen zijn

TEKST & UITLEG

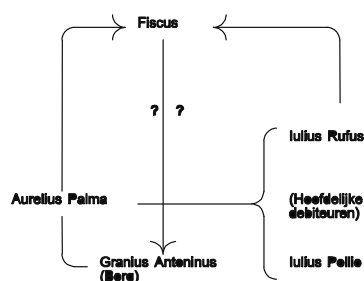
ut quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant. igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari et per hoc nec fideiussorem vel mandatorem eius. plane quia is mandati iudicio eligere potest vel creditorem, competituram ei exceptionem doli mali, si coeperit conveniri. cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere. quod si creditor fideiussori heres fuerit vel fideiussor creditori, puto convenire confusione obligationis non liberari reum.

ten opzichte van iemand die de kwaliteit van schuldeiser en schuldenaar in zijn persoon verenigt. Zoiets is bij het ontstaan van de verbintenis onmogelijk en blijft ook nadien zo. De andere debiteur van dezelfde geldsom wordt dus niet bevrijd en derhalve zijn borg evenmin. Zij het dan met dien verstande dat hem, omdat hij als borg regres kan nemen op de crediteur, het verweer van kwaad opzet toekomt wanneer hij wordt aangesproken. Maar de crediteur kan met vrucht een vordering instellen tegen de andere debiteur ofwel voor het geheel, als er geen maatschap is geweest, ofwel slechts voor een deel als er tussen hen wel een maatschap heeft bestaan. Maar als de crediteur de borg in rechte opvolgt, of de borg de crediteur dan denk ik dat het passend is dat de debiteur niet door vermenging wordt bevrijd.

UITLEG

Er is ons niet overgeleverd of de grote Romeinse jurist Julius Paulus werkzaam is geweest als rijksadvocaat (*advocatus fisci*). Van tenminste twee van zijn tijdgenoten, Papinianus en Ulpianus, weten wij dat zeker. Paulus moet die functie echter ook hebben bekleed: de bovenstaande tekst komt naar alle waarschijnlijkheid uit die praktijk voort. Het gaat daarin om een bijzonder probleem dat betrekking heeft op het leerstuk van de schuldvermenging en dat van de hoofdelijkheid. Een zekere Granius Antoninus had zich voor twee personen borg gesteld jegens hun crediteur Aurelius Palma. Er was sprake van een hoofdelijke verbondenheid voor die schuld. Vervolgens stierf één van de twee hoofdelijke schuldenaren en de fiscus, de keizerlijke kas, volgde op in diens vermogen. Nadien verkreeg de fiscus op dezelfde wijze het vermogen van de crediteur. De borg stelde nu niet meer jegens de fiscus aansprakelijk te zijn omdat de verbintenis door schuldvermenging (*confusio*) teniet zou zijn gegaan. Ik geef de situatie hieronder grafisch weer.

ZWALVE



Paulus stelt vast dat de stelling van de borg juist zou zijn geweest indien er slechts één debiteur zou zijn geweest.¹ Hij bedient zich daarbij van de bekende metafoor van de betaling die ook elders door Romeinse juristen wordt gehanteerd: *confusione perinde extinguitur obligatio ac solutione*.² Dergelijke analogieën zijn echter gevaarlijk; Paulus wist dat en voegt daarom nog een andere ratio toe. De vergelijking met de betaling suggereert immers dat een verbintenis noodzakelijkerwijze in haar geheel door vermenging tenietgaat, zoals het geval is wanneer de debiteur aan de crediteur betaalt. Dit nu is lang niet altijd het rechtsgevolg van vermenging; de bovenstaande tekst verduidelijkt dit als nauwelijks enige andere. Er bestaat hooguit een zekere gelijkenis tussen de betaling en het rechtsgevolg van vermenging, maar dat wil niet zeggen dat de ene rechtsfiguur aan de andere kan worden gelijkgesteld. Het tenietgaan van de verbintenis is daarom niet het logisch noodzakelijke rechtsgevolg van vermenging.³ De werking van de verbintenis wordt hooguit verlamd indien en voorzover de kwaliteit van debiteur en crediteur in één persoon worden geconcentreerd.⁴ Het is om deze reden dat Paulus uitdrukkelijk vermeldt dat de ratio van de vermenging daarin is gelegen. Als er slechts één debiteur is van de vordering waarvoor iemand zich borg heeft gesteld, kan de schuldeiser de borg niet aanspreken omdat hij zichzelf niet kan aanspreken nu hij door erfopvolging de erfgenaam van zijn debiteur is geworden. Dit is echter anders wanneer er meer dan één debiteur is. In dit geval blijft er nog de persoon van de andere hoofdelijke schuldenaar over. Er is, zo wil het Paulus, slechts één persoon uit de hoofdelijkheid ontslagen; de verbintenis blijft ten aanzien van de andere voortbestaan.

In een geval als het bovenstaande volgt de crediteur op in alle rechten en plichten van zijn debiteur. Daartoe behoort ook de obligatoire rechtsbetrekking waarin deze tot zijn mede-

¹ Zie ook D. 46,3,38,5 (Africanus).

² D. 34,3,21,1 (Terentius Clemens).

³ Zo ook, voor het moderne Duitse en Franse recht, Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts I* (Allgemeiner Teil), München 1982, I § 19, sub b (p. 249) en A. Weill/Fr. Terré, *Droit Civil* (Les Obligations), Parijs 1980, no 1081.

⁴ Art. 6:161 BW behandelt daarom de vermenging op bedenkelijke wijze als een wijze van tenietgaan van verbintenissen. Paulus zou het hebben betreurd, want er wordt veel misverstand door gewekt.

schuldenaar en tot de borg stond. Voor wat de mede-schuldenaar betreft, bestaan er drie mogelijkheden: ofwel de overleden hoofdelijke schuldenaar was draagplichtig voor het geheel van de schuld, ofwel slechts gedeeltelijk, ofwel in het geheel niet. Als op de overleden schuldenaar de volledige draagplicht voor de schuld rustte, kan de crediteur die hem in rechte is opgevolgd de hoofdelijke mede-schuldenaar van zijn erfflater niet met vrucht in rechte aanspreken tot betaling van de schuld. De gedaagde beroept zich dan niet op het tenietgaan van die schuld door vermenging, maar op het feit dat de eiser als opvolger onder algemene titel van de mede-schuldenaar draagplichtig is. Hij werpt in zo'n geval met vrucht een *exceptio doli* op tegen de eis. Paulus acht dit zo vanzelfsprekend dat hij het geval niet eens noemt. Indien de overleden mede-schuldenaar echter niet of slechts gedeeltelijk draagplichtig is, ligt de zaak anders. Paulus noemt het geval waarin tussen de hoofdelijke schuldenaren een maatschap (*societas*) bestond. Als de maten zich jegens de crediteuren van de maatschap hoofdelijk aansprakelijk hebben gesteld, maar er in hun interne relatie een verdeling van de draagplicht is vastgesteld, kan de overlevende mede-schuldenaar zich jegens de erfgenaam van zijn maat, die tevens de schuldeiser van de maatschap was, niet beroepen op vermenging. Hij kan tegen die eis slechts naar voren brengen dat de eiser, als erfgenaam van de debiteur, zelf gedeeltelijk draagplichtig is, hetgeen leidt tot vermindering van de eis, maar niet tot afwijzing van de vordering op grond van vermenging. Als de overlevende mede-schuldenaar zelf geheel draagplichtig is, mist hij een dergelijk verweer volledig en blijft de verbintenis dus in haar volle kracht bestaan.

De crediteur treedt niet alleen als erfgenaam van één der hoofdelijke debiteuren in de interne relaties tussen de hoofdelijke schuldenaren, maar wordt ook, als opvolger onder algemene titel van één der hoofdelijke schuldenaren, aansprakelijk jegens de borg uit hoofde van het regres dat de betaald hebbende borg toekomt.⁵ Dit is de reden waarom hij, alhoewel de borg streng rechtens niet is bevrijd omdat de schuld van de overlevende hoofdelijke debiteur is blijven voortbestaan, de borg niet met vrucht kan aanspreken. Deze immers zou, als hij met vrucht door de crediteur zou kunnen worden aangesproken, ten aanzien van het door hem betaalde regres kunnen nemen op de crediteur in diens qualiteit van opvolger onder algemene titel van één der hoofdelijke debiteuren. Tegen dit 'circuit

⁵ Het regres van de borg was aanvankelijk even problematisch als, naar wij nog zullen zien, het regres onder hoofdelijke schuldenaren: voor bepaalde vormen van borgtocht (het Romeinse recht kende er meer) gold dat er door de hoofdschuldenaar een onrechtmatige daad werd gepleegd jegens de borg wanneer deze niet binnen korte tijd schadeloos werd gesteld. Voor andere gold die regel niet. Gelet op deze problemen, ontwikkelde de klassieke rechtsgeleerdheid de regel dat de borg slechts door de schuldeiser kon worden uitgewonnen indien deze bereid was zijn vordering tegen de schuldenaar aan de borg te cederen (*beneficium cedendarum actionum*); zie daarvoor D. 46,1,17 en C. 8,40,2 pr. Onze rechtsfiguur van de subrogatie is daaruit voortgekomen. Zie over de ontwikkeling van het regres in het Romeinse recht G. Wesener, 'Die Durchsetzung von Regresansprüchen im römischen Recht' in: *Labeo* 11 (1965) p. 341-361.

d'actions' is Paulus' opmerking bedoeld dat de borg de *exceptio doli* kan opwerpen wanneer hij wordt geconfronteerd met de vordering van de crediteur.

Paulus' beschouwingen gaan er van uit dat er, op grond van de interne verhoudingen tussen de hoofdelijke debiteuren, een verrekeningsplicht tussen hen *kan* bestaan. Men dient daarbij echter wel te bedenken dat het bestaan van een dergelijke verrekeningsplicht naar klassiek Romeins recht de uitzondering was. Dit was praktisch alléén het geval wanneer er tussen de hoofdelijke debiteuren een maatschap (*societas*) bestond.⁶ Was er daarvan géén sprake, hetgeen dus in het Romeinse recht de regel was, dan kon de overlevende mede-schuldenaar voor het geheel van de schuld worden aangesproken.

Niet onbelangrijk is bovendien dat een hoofdelijke mede-schuldenaar zich jegens de vordering van de schuldeiser niet kon beroepen op het feit dat één der andere hoofdelijke schuldenaren een voor compensatie vatbare tegenvordering op de schuldeiser had. De uitzondering betrof, wederom, het geval waarin tussen de hoofdelijke mede-schuldenaren een maatschap bestond: 'als twee hoofdelijke schuldenaren geen maten zijn, strekt aan de één niet tot voordeel wat de schuldeiser aan de andere hoofdelijke schuldenaar is verschuldigd.'⁷

Dit klassieke stelsel heeft in de latere geschiedenis van het Romeinse recht enige wijzigingen ondergaan ten gevolge van de Justiniaanse Novelle 99, die in de middeleeuwse traditie als de Authentica 'Hoc ita' werd gehecht aan de bepaling van C. 8,39,1,1, dat is - in de middeleeuwse traditie - C. 8,40,2. In C. 8,39,1,1 (8,40,2) wordt aan de hoofdelijke debiteur die het volle bedrag van de schuld aan de schuldeiser heeft betaald een regresvordering tegen de overige mede-schuldenaren gegeven. De tekst luidt als volgt:

'Een crediteur kan, als er twee hoofdelijke schuldenaren zijn, niet worden verhinderd de schuld op te eisen van degeen die hij wil. (1) En daarom zal de provincie-gouverneur, indien je hebt weten te bewijzen dat je als hoofdelijk debiteur bent aangesproken en hebt betaald, niet aarzelen je te hulp te schieten jegens degene met wie je gezamenlijk een geldsbedrag hebt geleend.'⁸

In Novelle 99 brengt Justinianus zijn voorkeur voor een gedeeltelijke aansprakelijkheid bij pluraliteit van debiteuren tot uitdrukking: als een prestatie door twee of meer personen was verschuldigd, diende er van te worden uitgegaan dat zij ieder voor gelijke delen aansprakelijk waren. Hoofdelijke aansprakelijkheid werd voortaan, evenals nu nog in art. 6:6 BW, als de uitzondering beschouwd: zij moest uitdrukkelijk en onomwonden zijn

⁶ Zie D. 35,2,62 pr (Ulpianus).

⁷ D. 45,2,10 (Papinianus): si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet.

⁸ Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi eiusdem pecuniae, a quo velit. (1) Et ideo, si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciae iuvare te adversus eum, cum quo communiter pecuniam accepisti, non cunctabitur.

overeengekomen. Aangezien nu voor het *wettelijke* regresrecht van C. 8,39,1,1 (8,40,2) in de regel géén hoofdelijkheid zal zijn bedongen, diende er op grond van Novelle 99 van te worden uitgegaan dat de aansprakelijkheid van de overige mede-schuldenaren er een naar gelijke delen was. Dit moest zijn effect hebben op de uitleg van D. 46,1,71 pr. Paulus immers wist nog niets van een algemeen regresrecht op de overige mede-schuldenaren en het feit dat hun aansprakelijkheid er in beginsel een naar gelijke delen was.

Het regres op de hoofdelijke mede-schuldenaren behoort, ondanks C. 8,39(40),1(2), tot één van de meest getormenteerde onderwerpen uit de geschiedenis van het Romeinse recht.⁹ Wij zijn geneigd dat te grondvesten op het algemene rechtsbeginsel van de ongerechtvaardigde verrijking. Een Romein zou dat ook hebben gedaan, maar vervolgens de vraag hebben gesteld door middel van welk rechtsmiddel aan dat algemene rechtsbeginsel in dit concrete geval vorm moest worden gegeven. Het probleem nu is dat in C. 8,39(40),1(2) niet wordt aangegeven *hoe*, dat wil zeggen door middel van welke actie, dat moest gebeuren. In de Glosse wordt aangenomen dat dit, gelet op de aard van de interne rechtsbetrekking tussen de hoofdelijke debiteuren, door middel van de *actio mandati*, de *actio pro socio* of de *actio negotiorum gestorum* kan geschieden.¹⁰ Bovendien wordt daarin betoogd¹¹ dat het regres tevens kan worden gerealiseerd door middel van cessie van de vordering aan de betalende hoofdelijke mede-schuldenaar, het *beneficium cedendarum actionum*.¹²

Bij de laatste opvatting rijst het probleem wat er dient te gebeuren wanneer de betalende mede-schuldenaar heeft vergeten zich de acties tegen zijn mede-schuldenaren door de schuldeiser te laten cederen. Het was deze vraag die Dumoulin verleidde tot de voor zijn tijd boude stelling dat de betaald hebbende mede-schuldenaar van rechtswege (dat wil zeggen zelfs zonder cessie) werd gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser.¹³

Het Rooms-Hollandse recht laat, zoals wel vaker het geval is, een stap voorwaarts in de rechtsontwikkeling zien doordat de vraag naar de vorm waarin het regres moet worden gegoten terzijde wordt geschoven door de acceptatie van de algemene regel dat ieder die samen met een ander is gehouden tot betaling van een schuld regres kan nemen op de mede-schuldenaren wanneer hij de gehele hoofdelijke schuld heeft voldaan.¹⁴

⁹ Een nog steeds lezenswaard overzicht vindt men bij F.C. von Savigny, *Das Obligationenrecht* I, Berlijn 1851, § 23 e.v.

¹⁰ Zie de gl. 'Creditor' op C. 8,39(40),1.

¹¹ Zie de gl. 'Iuvare' op C. 8,39(40),1.

¹² Zie daarvoor D. 46,1,36 (Ulpianus) en 46,3,76 (Modestinus).

¹³ Zie daarvoor Pothier, *Traité des Obligations*, no 280 (*Oeuvres de Pothier* III, Parijs 1818, p. 181).

¹⁴ Zie H. de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*, ed. Fischer, Leiden 1965, III,3,8; A. Vinnius, *In IV Libros Institutionum Commentarius*, ed. Leiden 1727, 3,17,1 § 4 en J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, ed. Genève 1757, 45,2 § 7.

De lezer merke op dat de vraag naar het regres van de betaald hebbende mede-schuldenaar op de overige hoofdelijke schuldenaren in wezen een vraag van verrijktingsrecht is. Doordat het *Corpus Iuris Civilis* (C. 8,39(40),1(2)) heeft nagelaten aan te geven welke actie diende te worden gebruikt teneinde die verrijking ongedaan te maken en de gemeenrechtelijke traditie een groot aantal mogelijkheden heeft aangedragen waarin dat regres kan worden gegoten, heeft het kunnen gebeuren dat het regres van de hoofdelijke schuldenaar op zijn mede-debiteuren onder het O(ude)BW, in navolging van de Code civil, op twee *verschillende* manieren was geregeld: één keer in art. 1329 OBW (1838) als een gewone persoonlijke rechtsvordering die is gebaseerd op het algemene rechtsbeginsel dat niemand zich ten koste van een ander mag verrijken en nog een keer in art. 1438, 3^o OBW (1838). In het laatstgenoemde artikel vindt het regres plaats door middel van subrogatie. De beide rechtsmiddelen verschillen aanzienlijk, al was het alleen maar omdat de regresnemer in het eerste geval niet, maar in het tweede wel gebruik kan maken van alle persoonlijke en zakelijke zekerheidsrechten die de schuldeiser ten dienste stonden.¹⁵ Dit vreemde systeem, dat slechts vanuit zijn geschiedenis valt te begrijpen, wordt gecontinueerd in het nieuwe BW, waarin, naast de vordering van art. 6:10 BW, ook nog de subrogatie-mogelijkheid van art. 6:12 BW voortbestaat. De beide rechtsmiddelen dienen, zelfs naar de jongste inzichten, te worden beschouwd als naast elkaar staande vorderingsrechten die samenlopen en elkaar niet uitsluiten.¹⁶ Dit wonderlijke residu van het actiënrechtelijke denken van de glossatoren ontsiert ons nieuwe wetboek.

De acceptatie van het regres door de betalende mede-schuldenaar op de andere hoofdelijke debiteuren betekent, in het concrete geval van D. 46,1,71 pr, dat de schuldeiser nadat hij één der hoofdelijke schuldenaren heeft beërfd weliswaar nog steeds de andere hoofdelijke schuldenaren kan aanspreken, maar dit nooit verder kan doen dan hun aandeel in de schuld. Als daaromtrent niets bijzonders tussen de hoofdelijke debiteuren is bepaald, geldt dat zij voor gelijke delen aansprakelijk zijn. Dit is de gevolgtrekking die ten onzent, onder verwijzing naar C. 8,39(40),1(2) en Novelle 99, werd gemaakt door Groenewegen in zijn bekende tractaat *De legibus abrogatis et inusitatis*.¹⁷

De hier gekozen oplossing doet een bijzondere vraag rijzen in verband met het insolventierisico. Wanneer de betalende hoofdelijke schuldenaar slechts voor hun aandeel in de schuld regres heeft op zijn mede-debiteuren, treffen hem (en in beginsel niet de solvante mede-debiteuren) de nadelige gevolgen van de insolventie van één daarvan. Teneinde dit probleem op te lossen, werd aangenomen dat de solvante hoofdelijke schuldenaren ieder voor een gelijk deel bijdragen voor de insolvente hoofdelijke debiteur. Het insolventie-risico wordt, met andere woorden, afgewenteld op de solvante hoofdelijke schuldenaren. Deze oplossing is direct ontleend aan Novelle 99, waarin Justinianus bepaalt dat, wanneer een crediteur meer debiteuren heeft die ieder voor een deel aansprakelijk zijn, de solvante debiteuren het risico van de insolventie van één of meer hunner dragen.

¹⁵ Dat constateerde ook Rutten in Asser-Rutten, *Verbintenissenrecht* I, Zwolle 1967, p. 115-116. Hij wijst er daar nog op dat daar in het geval van subrogatie tegenover staat dat de aangesproken mede-schuldenaren zich kunnen bedienen van alle verweren die hen tegen de oorspronkelijke schuldeiser toekwamen, hetgeen zij niet zouden kunnen wanneer voor de andere vorm van regres (art. 1329 OBW (1838)) wordt gekozen.

¹⁶ Brunner & De Jong, *Verbintenissenrecht Algemeen*, Deventer 1999, no 48 (p. 39) (Brunner).

¹⁷ Ed. B. Beinart, Johannesburg 1967, ad D. 46,1,71.

Door deze oplossing te kiezen, werd in Holland en aanpalende gebieden van de oude Republiek een probleem vermeden waarmede voornamelijk in Frankrijk is geworsteld. Dit probleem werd veroorzaakt door de vorm waarin men daar het regres had gegoten, te weten die van de subrogatie (de cessie van de vordering tegen de overige hoofdelijke mede-debiteuren). Die suggereert namelijk dat de betalende hoofdelijke schuldenaar *met behoud van de hoofdelijkheid* een vordering verkrijgt tegen de andere debiteuren. Zo'n beschouwingswijze heeft een merkwaardige consequentie. Een eenvoudig voorbeeld moge dit verduidelijken. Wanneer A een vordering van 8.000 heeft op zijn vier hoofdelijke debiteuren B, C, D en E en B betaalt 8.000 aan A, dan heeft B een vordering van 6.000 op C, D en E. Wanneer hij betaling van dat bedrag verlangt van C, wordt C, bij subrogatie in de hoofdelijkheid, gesubrogeerd in een vordering van 4.000 op D en E etc.¹⁸ Men heeft deze serie successievelijke regresvorderingen willen vermijden door de betaald hebbende hoofdelijke schuldenaar te dwingen zijn regres te splitsen over zijn mede-schuldenaren.¹⁹

De subrogatie met behoud van de hoofdelijkheid heeft het voordeel dat het insolventie-risico aanvankelijk gering is; de in de regresketen voorlaatst overblijvende hoofdelijke schuldenaar loopt echter gevaar. Omdat men de subrogatie met behoud van de hoofdelijkheid wilde vermijden, moest worden bepaald dat het insolventie-risico werd verdeeld over de solvante hoofdelijke debiteuren.²⁰ Uiteraard heeft de Justiniaanse Novelle 99 aan deze gedachte ten grondslag gelegen.

NASCHRIFT

Paulus' beschouwingen in D. 46,1,71 pr liggen ten grondslag aan de bepaling van art. 1473, lid 3 O(ud)BW (1838).²¹ Het artikel gaat terug op art. 1301, lid 3 Cc, dat - op zijn beurt - teruggaat op de beschouwingen van Pothier waarnaar in het bovenstaande reeds enige malen is verwezen. De schuldeiser behoudt dus een vordering tegen de overige

¹⁸ Pothier, *Traité des Obligations*, no 281 (*Oeuvres de Pothier* III, Parijs 1818, p. 184 e.v.) spreekt hier van een 'circuit d'actions'. Het kost mij de nodige moeite om zijn voorbeeld te begrijpen. Dat geldt ook voor hetgeen Land daaromtrent heeft opgemerkt (Land-De Savornin Lohman, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek* IV, Haarlem 1907, p. 138, n. 2): 'de eerste, die den tweede aansprak voor al het overige, zou weer subrogatie moeten geven in de vordering, onder aftrek van hetgeen zij beiden betaald hebben, *en voor dat overschot zelf aansprakelijk zijn*' (?). In Frankrijk wordt Pothiers redenering overigens ook niet begrepen: zie Planiol, *Traité pratique de droit civil français* VII, Parijs 1954, no 104 (p.469). Ondertussen lijkt W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Deventer 1999, p. 93 Pothier wel te hebben begrepen. Uit noot 21 aldaar blijkt echter dat ook hij zo zijn twijfels moet hebben gekend.

¹⁹ Pothier, *Traité des Obligations*, no 281 verwijst hiervoor naar twee 'arrêts' van 1650 en 1674.

²⁰ Pothier, *Traité des Obligations*, no 281.

²¹ Zie ook art. 1324 O(ud)BW.

hoofdelijke debiteuren, zij het dan niet verder dan hun aandeel in de schuld bedraagt. Hoe groot ieders aandeel in de schuld is wordt dus bepaald door de interne rechtsbetrekking tussen de hoofdelijke debiteuren. Bij ontstentenis van een nadere regeling dient te worden aangenomen dat men voor gelijke delen aansprakelijk is. Het insolventie-risico van één der hoofdelijke debiteuren wordt hoofdelijk op de solvete omgeslagen. De achtergrond van dit verrekeningssysteem is, zoveel moge uit het bovenstaande duidelijk zijn geworden, het gegeven dat de schuldeiser die één van de hoofdelijke debiteuren onder algemene titel opvolgt per definitie treedt in de interne relaties tussen de hoofdelijke debiteuren zodat de omvang van zijn vorderingsrecht wordt bepaald door de mate waarop de overige debiteuren verhaal op hem zouden hebben kunnen nemen.

Het verrekeningssysteem van art. 1473, lid 3 en 1324 OBW (1838) is niet met zoveel woorden overgenomen in het nieuwe BW. Desalniettemin leert ons de Parlementaire Geschiedenis daarvan²² dat de wetgever heeft gemeend dat het oude stelsel ook in het nieuwe recht bewaard blijft. Dat nu is in een recent proefschrift²³ van enige kritische kanttekeningen voorzien die, bij wijze van afronding van onze uiteenzettingen naar aanleiding van D. 46,1,71 pr, enige aandacht verdienen.

Er wordt door mr Van Boom betoogd dat het verrekeningssysteem onbevredigend werkt als de prestatie waartoe een aantal debiteuren hoofdelijk is gehouden ondeelbaar is.²⁴ In dit geval immers blijft ieder van de hoofdelijke debiteuren ook in het hier besproken geval voor de gehele prestatie aansprakelijk, ondanks het feit dat uit de interne rechtsbetrekking tussen de hoofdelijke debiteuren voortvloeit dat de overige debiteuren slechts gedeeltelijk draagplichtig zijn. Van Boom ziet als mogelijke oplossing voor dit probleem dat de ondeelbare prestatie wordt gewaardeerd op geld, opdat de draagplicht van ieder der hoofdelijke debiteuren daaraan kan worden gerelateerd. Een en ander heeft, naar hij had kunnen weten, al in het Romeinse recht aanleiding tot moeilijkheden gegeven en tot een oplossing geleid die nauwkeurig overeenstemt met zijn voorstel. Paulus was van mening dat ieder der hoofdelijke debiteuren bij ondeelbaarheid van de prestatie weliswaar voor het geheel kon worden aangesproken, maar dat hij regres kon nemen op de overige debiteuren, waaronder - in het onderhavige geval - de crediteur.²⁵ Uiteindelijk was het een eigenaardigheid van het Romeinse burgerlijke procesrecht die de waardering op geld mogelijk maakte die door mr Van Boom voor het huidige recht wenselijk wordt geacht. Het klassieke Romeinse *formula*-proces huldigde namelijk de regel dat *alle* veroordelende vonnissen in geld werden uitgedrukt: *omnia iudicia pecuniaria*.²⁶ De jurist Quintus Aelius Tubero schijnt daaraan reeds de gevolgtrekking te hebben verbonden dat het beginsel van de *condemnatio pecuniaria* het mogelijk maakte om in gevallen zoals het onze de

²² Boek 6, p. 101.

²³ W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, p. 77 e.v.

²⁴ Van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, p. 78.

²⁵ D. 10,2,25,10.

²⁶ Gaius 4,48.

veroordeling te relateren aan het belang van de gedaagde, dat wil dus zeggen dat de *condemnatio* in het individuele geval werd gereduceerd tot een som die niet verder reikte dan de concrete draagplicht van de gedaagde.²⁷ De verplichting tot het betalen van een geldsom immers is een deelbare en derhalve wordt de crediteur van een ondeelbare verbintenis langs deze indirecte weg gedwongen zijn vordering te splitsen.

De lezer merke op dat het Romeinse burgerlijke procesrecht niet toeliet dat de crediteur met vrucht een vordering tot nakoming tegen zijn debiteur kon instellen, doch slechts een vordering tot schadevergoeding. Voor het Romeinse recht gold dus dat *iedere* verbintenis zich, zoals art. 1275 OBW (1838) dat ooit bepaalde ten aanzien van de verbintenissen om te doen of niet te doen, ‘oplost in vergoeding van schaden, kosten en interessen, in geval de schuldenaar niet aan zijne verplichtingen voldoet’. Onder de vigueur van het OBW van 1838 werd daarom terecht aangenomen dat bij pluraliteit van schuldenaren ten gevolge van de ondeelbaarheid van de prestatie de vordering tot schadevergoeding op grond van wanprestatie als een *deelbare* diende te worden aangemerkt.²⁸

Iedere van meerdere tot een ondeelbare verplichting gehouden debiteuren kon weliswaar door de crediteur in rechte worden aangesproken, maar de som waartoe de gedaagde werd veroordeeld beliep niet de waarde van de gehele prestatie, maar werd vastgesteld op zijn aandeel daarin. Tegen een dergelijk systeem van quotering kan, terecht, het bezwaar worden aangevoerd dat de schuldeiser op deze manier wordt geconfronteerd met een draagplichtsverdeling waarin hij, als buitenstaander, geen inzicht heeft. Mr Van Boom ziet deze tegenwerping naar zijn gevoel over het hoofd. Dat bezwaar geldt echter niet in een geval als het onze; daarin immers is de schuldeiser de opvolger onder algemene titel van één der schuldenaren, zodat hem in die qualiteit de interne draagplichtsverdeling moet kunnen worden tegengeworpen. Aldus beschouwd is het door Van Boom in zijn proefschrift geconstateerde ‘bezwaar’ tegen het verrekensysteem niet zozeer een tekortkoming van dat systeem op zichzelf, maar veeleer een gevolg van het feit dat het moderne recht de mogelijkheid biedt tot het instellen van een vordering tot nakoming. Die is, bij ondeelbare prestaties, onsplitsbaar. Ik acht de gevolgen daarvan minder bezwaarlijk dan mr Van Boom die – maar daarin is hij in dit land niet alleen – het probleem slechts beziet vanuit het perspectief van de schuldenaar. De belangen van de schuldeiser worden echter op de wijze van het moderne recht optimaal gediend en dat is ook wat waard.

W.J.Zwalve

Leiden

²⁷ D. 45,1,72 pr (Ulpianus).

²⁸ Asser-Rutten I, p. 82. Rutten beroept zich daarbij op Pothier, *Traité des obligations*, no 324 (*Oeuvres de Pothier* III, Parijs 1818, p. 227), waar naar Dumoulin wordt verwezen. Een enkele verwijzing naar D. 45,1,72 pr zou hebben volstaan.

ZWALVE